IX.

Zur Lehre von den Schenkungen unter den Ehegatten.

Von Löhr.

I.

Ueber die Convalescenz des Schenkungs-Versprechens.

1.

Daß die Geschenke unter Ehegatten bei der strengen Ehe keine Wirksamkeit haben konnten, verstand sich von selbst: aber auch bei der laxen Ehe galt nach einer alten Sitte dasselbe [1]. Dies ging so weit, daß schenkungsweise weder Eigenthum übertragen, noch Forderungen begründet oder aufgehoben werden konnten [2], daß, wenn der Mann seinen Schuldner donationis causa anwies, seiner Frau zu zahlen, durch diese Zahlung dem Manne Eigenthum erworben wurde [3], ja daß Dieses selbst alsdann der Fall war, wenn der Mann Denjenigen, der ihm schenken wollte, an die Frau

1) fr. 1. 3. pr. D. 24, 1.

2) Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, *ut ipso jure nihil valeat, quod actum est.* Proinde, si corpus sit, quod donatur, *nec traditio quidquam valet:* et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, *nihil valet: ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Siquis igitur nummos uxori dederit, *non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est.* fr. 3. §. 10. 11. D. 24, 1. — fr. 5. §. 9. fr. 28. pr. fr. 31. pr. §. 2. fr. 48. fr. 55. D. 24, 1.

3) fr. 3. §. 12. D. 24, 1. — fr. 26. pr. 39. D. eod.

verwies [4]. Delegationen und Expromissionen waren ungültig und nichtig [5]. Nur Schenkungen, wodurch der eine Theil nicht ärmer oder der andere nicht reicher wurde [6], und m. c. donationes waren gültig und rechtsbeständig [7]. Dabei trat jedoch bei den letzten das Eigenthümliche ein, daß die Uebertragung des Rechtes nicht, wie sonst häufig bei den m. c. donationes [8], in dem Augenblicke des Geschenkes statt fand, sondern erst mit dem Tode des Schenkers eintrat [9], und daß, wenn das Geschenk auf Verlangen des Beschenkten einem Dritten eingehändigt worden war, dieser Dritte den Schenker überlebt [10] und den Gegenstand des Geschenkes an den Beschenkten übergeben haben mußte [11], wenn das Geschenk durch den Tod des Schenkers Gültigkeit erlangen sollte. Hatte der Schenker für sich die Sache einem Dritten für den Beschenkten übergeben, so war Beides nicht erforderlich. Ein Geschenk des Schwiegervaters auf seinen Todesfall wurde, sehr natürlich, wie eine donatio inter vivos behandelt [12]: ein Geschenk auf den Todesfall des Kindes dagegen als m. c. donatio [13]. Bei den, nach dem Bisherigen

---

4) fr. 3. §. 13. fr. 4. fr. 56. D. 24, 1.

5) fr. 5. §. 3. 4. D. 24, 1.

6) fr. 5. §. 8. 16. D. 24, 1.

7) fr. 9. §. 2. fr. 10. 11. 12. 13. fr. 20. 22. D. 24, 1. — fr. 27. D. 39, 5.

8) fr. 2. D. 39, 6.

9) Sed interim res *non statim fiunt ejus, cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.* fr. 11. pr. D. 24, 1. — fr. 11. §. 1—6. §. 9. fr. 20 eod. — fr. 40. D. 39, 6. Mit dem Tode des Schenkers erwirbt dagegen der Beschenkte *ipso jure* das ihm übertragene Recht.

10) fr. 11. §. 7. D. 24, 1.

11) 11. §. 8. D. 24, 1.

12) fr. 53. D. 24, 1.

13) fr. 11. D. 39, 6.

gültigen, Geschenken unter den Ehegatten reichte schon ein bloßes Versprechen hin, um eine rechtsbeständige donatio zu erzeugen [14]), obschon sonst, nach der L. Cincia, in der Regel wenigstens Tradition erfordert wurde.

2.

Der bisher geschilderte Zustand der Dinge erlitt in dem spätern Rechte mancherlei Modificationen, namentlich entstanden eine Anzahl Fälle, in welchen die Geschenke unter Ehegatten schon von Anfang an vollgültig waren. Von diesen Fällen hier zu reden, ist meine Absicht nicht. Außerdem ist durch ein Senatusconsult unter Septimius Severus und Caracalla die Strenge des bisherigen Rechtes im Allgemeinen gemildert worden (autor fuit Senatui censendi, ut aliquid laxaret ex juris rigore [15]). Daß der Beschenkte, welcher die ihm übergebene Sache b. f. consumirt hat, im äußersten Falle nur auf Das, wodurch er sich bereichert befindet, belangt werden kann, ist auf alle Fälle in diesem Gesetze bestimmt worden [16]). Nicht minder gewiß ist es, daß, von diesem Falle abgesehen, die Grundsätze des alten Rechtes unverändert fortbestehen, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, oder das Geschenk in irgend einer Weise widerruft. Auch das ist gewiß, daß im entgegengesetzten Falle das Geschenk convalescirt (d. i., mit dem Augenblicke des Todes des Schenkers ipso jure volle Gültigkeit erlangt, wie dies im alten Rechte bei den m. c. donationes der Fall war), wenn dem Beschenkten von dem Schenker Sachen donationis causa tradirt worden waren. Dagegen ist es von den ältesten Zeiten her sehr bestritten, in wiefern eine Aenderung des alten Rechtes eingetreten sey, wenn keine rerum donatio, sondern nur ein Schenkungs-Versprechen statt gefunden hat. In den neuern Zeiten ist es sehr gewöhnlich, in diesem Falle die Convalescenz zu läugnen. Diese Ansicht ist zuletzt sehr scharf-

14) Archiv B. 16. H. 1. S. 116.
15) fr. 32. pr. D. 24, 1.
16) fr. 32. § 9. fr. 37 D. 24, 1.

sinnig in diesem Archive (s. o. S. 107—124.) vertheidigt worden. Wenn ich auch durch diese Ausführungen von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugt worden bin: so glaube ich doch, daß die dort gegebenen Erörterungen, in mehrfacher Beziehung wichtig, gerade geeignet sind, die Verständigung näher zu bewirken. Auf alle Fälle dürfte der Versuch, die entgegenstehende Ansicht mit Rücksicht auf die neuen Erörterungen näher zu begründen, wohl an seinem Orte seyn.

Die Worte des Senatusconsultes, dessen Inhalt zum Theile hier näher in das Auge gefaßt werden soll, sind nicht vollständig auf uns gekommen. Außer den, für den Inhalt dieses Senatusconsultes unbedeutenden, Worten des fr. 3. pr. D. 24, 1. haben sich nur die folgenden erhalten:

> Ait oratio, *fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse* [17].
>
> Quod ait oratio, *consumpsisse* [18].
>
> Ait enim oratio, *si prior vita decesserit, qui donatum accepit* [19].

Ueber den Inhalt des Gesetzes reden vorzüglich fr. 32 u. 33. D. 24, 1. Jene Stelle sagt im §. 1.:

> Oratio autem Imperatoris nostri *de confirmandis donationibus* non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas: *ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis* (s. o. Not. 9): *et de falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est.*

17) fr. 32. §. 2. D. 24, 1.

18) fr. 32. §. 9. D. 24, 1.

19) fr. 32. §. 14. D. 24, 1.

und scheint hiermit nicht undeutlich auszusprechen, daß durch das Senatusconsult die an sich ungültigen donationes auf dieselbe Weise Gültigkeit erlangen, als wenn sie unter der Form einer m. c. donatio gegeben worden wären. Damit stimmt denn auch überein, daß zweimal mit Rücksicht auf die m. c. donatio argumentirt wird [20]. Auf den übrigen Inhalt jenes Fragments weiter eingehen, würde von unserm Gegenstande zu weit abführen. Daher bemerke ich nur, daß der §. 23. das Folgende sagt:

> Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa: potest dici, donationem effectum habituram: utputa uxori acceptum tulit donationis causa quod debeat: potest dici, pendere acceptilationem, non ipsam, sed effectum ejus: *et generaliter*, *universae donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt.*

Ganz in der Reihe der angestellten Untersuchungen und ohne die entfernteste Spur, daß hier eine Besonderheit obwalte, heißt es nun in dem fr. 33. eod.:

> Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, posse dici, *stipulationem* (al. donationem) *confirmari ex Senatusconsulto* [21].
>
> Etsi forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, *ex oratione donationem convalescere* [22].

Es ist nicht allein unwahrscheinlich, daß das Senatusconsult von der stipulatio annui besonders geredet habe, sondern gewiß, daß Dieses nicht der Fall war. Wie könnte es sonst in

20) fr. 32. §. 7. 8. D. 24, 1.
21) fr. 33. pr. D. 24. 1.
22) fr. 33. §. 2. D. 24, 1.

der ersten Stelle heißen: *posse dici*? dennoch soll diese Schenkung *ex oratione* convalescere. Es kann also diese Convalescenz nicht darauf beruhen, daß ein *annuum* versprochen worden ist, sondern sie muß sich auf einen ganz andern Gesichtspunkt stützen. Diesen geben die beiden früher abgedruckten Stellen deutlich an. Er besteht darin, daß das Senatusconsult ad *omnes* donationes pertineat, daß generaliter *universae* donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt. Nach diesem Gesichtspunkte müssen denn auch alle Schenkungs-Versprechen, denen nichts Besonders im Wege steht, nach diesem Gesetze Wirksamkeit erlangen. Daß dem so sey, scheint durch die Worte: et obligatio sit civilis deutlich ausgesprochen. Diese allgemeinen Worte nur von der Schenkung einer Forderung oder dem Versprechen zur Evictions-Leistung zu verstehen ist an sich unnatürlich, dem Zusammenhange nach, nicht möglich und zwecklos. Stehen denn dem mandato in rem propriam und dem Versprechen der Evictions-Leistung die Gründe, welche man gegen die Convalescenz des Schenkungs-Versprechens vorbringt, weniger im Wege, wie andern Verträgen?

Was bisher aus einer Reihe von Pandecten-Stellen gefolgert worden, wird, wie ich glaube, durch eine Stelle des Codex nicht undeutlich bestätigt. Alexander Sever rescribirt der Papiniana:

> Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo *in dotem adscripsit*, si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit: *ab heredibus mariti*, quatenus liberalitas interposita munita est, *peti potest* [23].

Da die dos während der Ehe dem Manne gehört (s. o. S. 4.) und die Frau während der Ehe nur die Hoffnung auf

23) c. 2. C. 5, 15.

die Zurückgabe hat, so ist es eine leere Ausflucht, wenn man diese Stelle dadurch entfernen will, es liege hier eine traditio ficta, ein s. g. constitutum possessorium zum Grunde. Dieser Gesichtspunkt würde nur passen für die propter nuptias donatio (s. o. B. 15. S. 455.). Die Bestellung einer dos ist ein Geschenk an die Frau (S. 5. Not. 17.): das adscribere des Mannes enthält keine Vollziehung des Geschenkes, sondern begründet nur eine Verpflichtung zur Zurückgabe, also nur im Falle seines Todes eine obligatio gegen seine Erben. Daß diese obligatio nach dem Senatusconsulte convalescire, sagt das abgedruckte Rescript ausdrücklich, besondere Gründe für diese Convalescenz giebt es nicht an, bestätigt sonach die Ansicht, daß sich das Senatusconsult nicht allein auf die rerum donatio und die Remission von Obligationen beziehe; sondern die Convalescenz aller Schenkungen, auch derjenigen, die die Begründung einer obligatio bezwecken, anordne.

3.

Gegen das bisher Entwickelte beruft man sich vorzüglich erstens darauf, daß nicht das Schenkungs-Versprechen, sondern erst die übergebene Sache den Namen eines Geschenkes verdiene [24]), und daß nach der Verordnung der L. Cincia Geschenke erst durch Tradition ihre Gültigkeit erhalten hätten. In den Zeiten des Senatusconsults sey also das Schenkungs-Versprechen kein Geschenk und aus andern, von dem Gatten-Verhältniß unabhängigen, Gründen ungültig gewesen; dies Gesetz, das nur die Unwirksamkeit der Schenkungen unter Ehegatten mildere, habe sonach über die Schenkungs-Versprechen Nichts verfügen können. Daß es auf Remission durch Acceptilation bezogen worden, habe seinen Grund darin, weil in der Acceptilation eine Erfüllung liege. Auch die Anwendung auf das annuum erkläre sich aus der einfachen Bemerkung, daß hier die Stipulation

24) fr. 1. D. 39, 5. — fr. 35 §. 1. D. 39, 6. — fr. 3. §. 10. fr. 23. D. 24. 1.

die Stelle der Tradition vertrete. — Daß dieses Argument Nichts bedeute, dies geht aus dem von Wächter Ausgeführten, soweit es hierher gehört, vollständig hervor. Eben so ist dort hinreichend nachgewiesen, daß, wenn aus diesem Grunde die Convalescenz im alten Rechte weggefallen wäre, sie gerade für das neuere Recht behauptet werden müßte. Da ich Dinge, die nicht hierher gehören (z. B. S. 121. Not. 19.), hier zu berücksichtigen Anstand nehme: so glaube ich hier mich aller weitern Bemerkungen enthalten zu können.

Als zweiter Grund des Widerspruches werden angeführt die Worte des Senatusconsultes. Dieses, sagt man, gehe von dem Gesichtspunkte aus, heredem *eripere*, durum et avarum esse (s. o. Not. 16.), ein eripere finde aber nur Statt, wenn eine hingegebene Sache zurückgefordert, eine nachgelassene Obligation eingeklagt werde, nicht aber, wenn dem Beschenkten die Klage aus einer begründeten Forderung versagt bleibe: es könne sonach das Senatusconsult auf diesen Fall nicht bezogen werden. — Diese ganze Argumentation fällt mit der Bemerkung, daß wir nur unbedeutende Bruchstücke der gesetzlichen Worte kennen. Auf einen, in einem solchen Bruchstücke enthaltenen, Ausdruck rechtliche Folgen gründen zu wollen, dies ist sowohl aus allgemeinen Gründen, wie auch nach bestimmten gesetzlichen Vorschriften [25]) nicht gestattet. Ohnehin dürfte eine solche Argumentation gegen die ausdrücklichen, in dem Bisherigen angegebenen, Stellen schwerlich von großem Gewichte seyn.

Viel bedeutender ist ohne Zweifel der dritte Einwand, welcher aus fr. 23. D. 24, 1. entnommen wird. Diese Stelle sagt, wenigstens in vielen Ausgaben,

> Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

---

25) fr. 24. D. 1, 3.

Das Wörtchen recte fehlt übrigens in den Amsterdamer Ausgaben von 1663 und 1700 und wahrscheinlich noch in manchen andern, und wird als fehlerhaft verworfen von Faber [26]). Nimmt man diese Leseart als die richtige an, so verschwinden alle Schwierigkeiten, Ulpian referirt alsdann nur die Ansicht Papinians, die er in dem fr. 32. u. 33. verwirft; im entgegengesetzten Falle entsteht aber ein, nicht wohl zu entfernender, Widerspruch, der um so auffallender ist, da alle drei Stellen aus dem Werke Ulpians über den Sabinus genommen seyn sollen. Man mag die oben angeführten Stellen erklären und beschränken wie man will; so nehmen sie nicht allein bei der rerum donatio, sondern auch in andern Fällen, eine Convalescenz an. Gebe man aber so viele oder so wenige andere Fälle zu, wie man will, der Widerspruch wird dadurch nicht entfernt, dies um so weniger, da die anderen Fälle nirgends als Ausnahmen angegeben, nirgends als etwas Besonderes hingestellt, nirgends aus eigenthümlichen Gründen, sondern immer nur aus dem Senatusconsulte, gerechtfertigt werden. Daß über den Umfang des Senatusconsultes unter den Römern verschiedene Ansichten geherrscht haben, dies ist schon den Worten der Fragmente nach sehr wahrscheinlich. Hier heißt es, Papinianus putabat, in fr. 32. §. 23. u. fr 33. pr. wird gesagt, potest dici. Dies vorausgesetzt, so wird denn doch schwerlich ein anderer Ausweg übrig bleiben, als die Verschiedenheit der Ansichten Papinians und Ulpians anzuerkennen und durch Weglassen des Wörtchens recte den Widerspruch für unsere Quellen zu entfernen, oder auch hier den Widerspruch anzuerkennen und derjenigen Ansicht den Vorzug zuzusprechen, die auf den meisten, die Sache ex professo erörternden, Stellen beruht und durch eine Constitution im Codex unterstützt wird. Man wähle übrigens den einen oder den andern

26) Conj. II. 8. — err. D. 42. c. 5. no. 6.

dieser Auswege, so verliert immer das in Frage stehende Fragment seine Bedeutung.

Ein viertes Gegen-Argument soll in der nicht glossirten Nov. 162. c. 1. liegen. In dieser werde verordnet, daß auch das Schenkungs-Versprechen durch den Tod des Schenkers convalescire. Hieraus folge, daß vor dieser Verordnung keine Convalescenz eingetreten sey, also auch bei uns, wo diese Novelle nicht angewendet werde, nicht Statt finde. Auch diese Argumentation dürfte nicht entscheiden. Die Novelle ist kein neues Gesetz, sondern nur eine epistola ad relationem emissa und beweis't daher nur, daß die Sache in Illyrien bestritten war, und daß Justinian, auf an ihn geschehene Anfrage, die Streitfrage in dem hier vertheidigten Sinne entschieden hat. Daß übrigens damals ein Streit bestehen konnte, wird wohl Niemand wundern, der da weiß, daß von den Zeiten der Glossatoren bis zu den jetzigen dieselbe Streitfrage unter den neuern Juristen Statt gefunden hat.

II.

Remissio pignoris.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß, wenn ein Ehegatte Rechte aufgiebt, um den andern zu begünstigen, dies unter den Gesichtspunkt der verbotenen Schenkungen fällt [27], und daß dasselbe Statt findet, wenn man donandi animo zuläßt, daß Rechte nach allgemeinen Grundsätzen verloren werden [28]. Eine auffallende Ausnahme scheint es, wenn dieser Grundsatz bei der remissio pignoris keine Anwendung finden soll. Ob diese Ausnahme wirklich vorhanden sey? darüber soll hier nur mit einigen Worten geredet werden.

Der Nachlaß eines Pfandrechtes kann möglicher Weise

---

27) fr. 3. §. 10. fr. 5. §. 1. D. 24, 1.
28) fr. 5. §. 6. 7. fr. 14. D. 24. 1.

vorkommen erstens als Begünstigung des Eigenthümers der verpfändeten Sache, zweitens zum Vortheile eines oder mehrerer Creditoren, endlich drittens zum Vortheile Desjenigen, welcher die verpfändete Sache erwirbt. Daß wenn der Mann eine, von einem Dritten der Frau verpfändete, Sache erwirbt, diese dem Manne das Pfandrecht nicht donationis causa nachlassen könne, dies scheint denn doch durch den ganzen Zusammenhang begründet, und ebenso scheint es den übrigen Bestimmungen zu entsprechen, daß die Frau, welche mit ihrem Manne Forderungen gegen Dritte hat, nicht ihr Pfandrecht aufgeben kann um dem Manne eine, ihr Nachtheile bringende, Befriedigung zu verschaffen.

Sind diese Bemerkungen gegründet; so bezieht sich der oben angegebene Grundsatz nur auf den Fall, wo die Frau ein Pfandrecht aufgiebt, das ihr an einer Sache des Mannes zusteht und umgekehrt. In diesem Falle ist nun wohl soviel gewiß, daß ursprünglich zum Vortheile eines Dritten unbeschränkt eine remissio pignoris Statt fand [29]. Ob auch zum Vortheile des andern Ehegatten? Dies ist ein, dem Zusammenhang der Sache nach höchst zweifelhafter, Punkt. Uebrigens scheinen zwei Stellen für die Zulässigkeit zu reden [30]. Betrachtet man aber auch diese Stellen als entscheidend: so dürfte denn doch die Sache in Beziehung auf die Weiber im späteren Rechte wesentlich verändert seyn.

Schon eine Verordnung von Anastas scheint keine allgemeine Entsagung zum Vortheile des Ehemannes mehr zu gestatten, sondern nur ein Zurücktreten zum Vortheile bestimm-

---

29) fr. 11. D. 20, 6. — fr. 8. pr. fr. 17. §. 1. D. 16, 1.

30) Si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit: verior sententia est nullam fieri donationem existimantium ... fr. 18. D. 42, 8. Etiam constante matrimonio jus hypothecarum, seu pignorum marito remitti posse, explorati juris est. c. 11. C. 4, 29. (ad SCtum Vellejanum).

ter Creditoren zuzulassen [31]. Noch mehr wurde die Entsagungs-Befugniß durch Justinian beschränkt, welche bestimmte, daß die Frau dem, am fundus dotalis ihr zustehenden, Pfandrechte zu entsagen nicht im Stande seyn solle [32].

So gewiß es ist, daß die remissio pignoris im Allgemeinen nicht als Intercession betrachtet wurde [33]; so scheint

31) Iubemus licere mulieribus *et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis, seu rebus, juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare:* quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri: ita tamen, ut et si generaliter tali renunciatione *pro uno (ut dictum est) contractu, seu certis contractibus, vel ad unam, vel ad certas res seu personas* consensum proprium accommodantes, usae sunt, vel fuerint: eadem renunciatio *ad illos contractus et illas res seu personas, quibus consensum suum proprium accommodaverunt vel accommodaverint, coarctetur: nec aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur*: his scilicet omnibus, quae in praesenti per hanc consultissimam legem statuimus, ad praeteritos nihilominus contractus, pro negotiis et controversiis necdum transactionibus, vel definitivis sententiis, seu alio legitimo modo sopitis, locum habituris. c. 21. C. 4, 29. (ad SCtum Vellejanum).

32) . . . cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. *Sed ne et consensu mulieris hypothecae ejus minuantur,* necessarium est, et in hac parte mulieribus subvenire: hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare: ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. *Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo jure renunciantibus loquatur: tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem aestimatis.* in quibus dominium et periculum mariti est: *in fundo autem non aestimato, qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum.* c. 1. §. 15. C. 5, 13.

33) fr. 8. pr. D. 16, 1.

denn doch bei dem Zurücktreten der Frau zum Vortheile des Mannes einigermaßen an eine Intercession gedacht worden zu seyn. Wenigstens spricht eine Pandekten-Stelle bei der Beurtheilung eines hierher gehörenden Falles von der exceptio Senatusconsulti Vellejani [34], auch sind, wie die vorhergehenden Noten nachweisen, die zwei hier vorzüglich einschlagenden Constitutionen in den Titel, ad Senatusconsultum Vellejanum, eingetragen. Ganz entsprechend ist es, daß, da zur Sicherheit der ante nuptias donatio von Justinian ein gesetzliches Pfandrecht eingeführt worden, in dem Falle, wo durch ein conscribere eine propter nuptias donatio an Immobilien constituirt worden ist, consensus aut in hypothecam, aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, percipienti omnino non proderit, si semel consensus fiat: sed *sicut in intercessionibus scripsimus*, ut oporteat biennii tempore existente et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum: et tunc ratum esse, quod factum est [35].

---

34) fr. 17. §. 1. D. 16, 1.

35) Nov. 61.... Non liceat marito aliquam rem de rebus immobilibus alienare, vel hypothecae titulo obligare: nec si consenserit in alienatione vel hypotheca mulier. Sed si quid contra hanc legem factum scriptumve fuerit: hoc pro infecto sit, et pro non scripto habeatur: nisi forte observatio illa custodiatur, quae de intercessionibus foeminarum in quarto Codicis libro posita est, titulo ad SCtum Vellejanum, i. e., ut post primum consensum transacto biennio aliud instrumentum a muliere conscribatur, in quo se fateatur priorem suum consensum comprobare: alioquin prior consensus nullius momenti est. Imo etiam si secundus consensus priorem voluntatem post biennium confirmaverit: non omnimodo valebit: sed ita demum, si ex aliis mariti facultatibus satis eidem mulieri fieri possit in donatione propter nuptias: alioquin nec secundus, nec tertius consensus laedere mulierem poterit. Haec autem dicimus non solum in donatione propter nuptias, sed etiam in dote, si quas res dotales alienare vel obligare maritus voluerit. Jul. c. 55. no. 198.

Eine natürliche Folge hiervon scheint zu seyn, daß alle Entsagung eines Pfandrechtes zum Vortheile des Ehemannes und seiner Creditoren (den Fall des eigenen Nutzens abgerechnet) hinwegfallen muß, seitdem Justinian verordnet hat:

Et illud vero praevidimus pro subjectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier *crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat,* et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat: jubemus nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat; sive privatum, sive publicum sit debitum: *sed ita esse, ac si neque scriptum esset,* nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt [36].

Merkwürdig ist es, daß man diese Verordnung gewöhnlich auf den Fragefall nicht bezieht, obschon man sie, die nur allein von Intercessionen redet, über alle Gebühr auch auf gemeinschaftliche Schuld-Verschreibungen auszudehnen pflegt.

III.

Schenkungen durch Hände Dritter.

Wening sagt: Schenkungen an Personen, welche mit dem einen Ehegatten durch die patria potestas in Verbindung stehen, trifft das gesetzliche Verbot jedesmal, wenn sie nicht aus einem peculium militare, oder in dasselbe geschehen [37], und ebenso Schenkungen an dritte Personen, durch welche ein Gatte in Folge des mit diesen bestehen-

---

36) Nov. 134. c. 8. Mulierem licet pro marito multoties in privato aut in publico debito *intercedat*, non teneri, nisi manifeste probetur, quod pecunia in propria ejus utilitate expensa est. Julian. c. 125. no. 577.

37) fr. 3. §. 2. 4. 5. 6. fr. 5. §. 2. fr. 32. §. 20. 21. D. 24, 4. C. 4. 5. C. 5, 16.

den Rechts-Verhältnisses doch mittelbar den Vortheil ziehen würde [38]).

Gegen die erste Hälfte dieser Behauptung dürfte nach älterem Rechte schwerlich etwas Bedeutendes einzuwenden seyn, da Alles, was ein filius familias erwarb, seinem Parens erworben wurde. Im neusten Rechte wird aber Alles dem Kinde erworben, was nicht a patre und nicht ex re patris herkömmt, es fragt sich daher sehr, ob und wie weit dieser Grundsatz noch anwendbar sey? Wenigstens das s. g. peculium adventitium extraordinarium dürfte denn doch ganz nach denselben Grundsätzen behandelt werden müssen, welche schon im alten Rechte in Beziehung auf das castrense peculium angewendet wurden.

Der zweite Theil dieser Bemerkung dürfte wenigstens nicht genau ausgedrückt seyn. Ohne Anstand ist es gegründet, wenn uns gesagt wird, Generaliter tenendum est, quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, *aut per interpositas personas* donationis causa agatur, non valere: *quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit: si separari non potest, nec donationem impediri*: si separari possit, caetera valere, id quod donatum sit non valere [39]). Allerdings ist es wahr, daß, wenn der eine Gatte, donandi animo, dem Creditor des andern Zahlung verspricht, dies eben so wenig Gültigkeit hat [40]), als wenn dem einen Ehegatten von dem debitor des andern als Begünstigung Zahlung versprochen wird [41]). Auch das läßt sich nicht bezweifeln, daß in beiden Fällen, wenn wirklich gezahlt worden, der debitor befreyt, dafür aber eine Klage gegen

---

38) fr. 5. §. 1. 2. 4. fr. 26. pr. fr. 39. D. 24, 1. — Wening §. 381. (56. a. C.)

39) fr. 5. §. 2. D. 24, 1.

40) fr. 5. §. 4. D. 24, 1.

41) fr. 5. §. 3. fr. 39. D. 24, 1.

den begünstigten Ehegatten gegeben wird [42]). Ob aber diese Sätze auf die oben angegebene Art ausgedrückt werden können? Dies scheint denn doch sehr problematisch.

IV.

Schenkung einer fremden Sache.

Bei Schenkungen unter fremden Personen erwirbt der Beschenkte alsbald das Eigenthum, wenn von Schenkungen unter den Lebenden die Rede ist, immer, bei Schenkungen auf den Todesfall gewöhnlich, sobald alle Bedingungen der Eigenthums-Uebertragung vorhanden sind. Ist dies nicht der Fall, so tritt alsbald die usucapio pro donato ein (ihre übrigen Erforderniſſe vorausgesetzt), auch bei der m. c. donatio [43]). Daß bei Schenkungen unter Ehegatten, welche ausnahmsweise von Anfang an vollgültig sind, ganz dieselben Grundsätze Statt finden, läßt sich nicht wohl bezweifeln und wird uns zum Ueberflusse in einer einzelnen Anwendung ausdrücklich gesagt [44]).

Dagegen ist es eine große Streitfrage, ob nicht das Geschenk einer fremden Sache immer, oder doch wenigstens alsdann ein, von Anfang an gültiges, Geschenk sey, wenn der Schenker nicht in *conditione usucapiendi* war, und ob daher nicht in diesen Fällen immer von Anfang an die Usucapion Statt finde? In diesen Fällen, sagt man, werde der Schenker nicht ärmer. Daß dieser Grund nicht wahr sey, wenn der Schenker usucapiren konnte, liegt auf der Hand

---

42) fr. 3. §. 12. 13. fr. 4. fr. 7. §. 7. fr. 26. pr. fr. 39. fr. 56. D. 24, 1.

43) fr. 13. pr. fr. 33. D. 39, 6. — fr. 18. §. 2. D. 39, 5.

44) Si vir uxor vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit: verum est, quod Trebatius putabat, *si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.* fr. 3. D. 41, 6.

und wird in der neuern Zeit ziemlich allgemein zugegeben. Aber auch für den entgegengesetzten Fall paßt er nicht. In diesem verliert er auf alle Fälle den Besitz und inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est [45]), er verliert, wenn er in b. f. war, den Früchte-Genuß und die Möglichkeit der außerordentlichen Ersitzung, war er in m. f., so bleibt er, als fictus possessor, noch mehreren Klagen unterworfen [46]).

Gerade darum kann eine Stelle, auf die man bei diesen Erörterungen großes Gewicht zu legen pflegt, durchaus nicht von allen Fällen reden, in welchen eine res aliena geschenkt worden ist; sondern nur von solchen, in welchen aus andern Gründen behauptet werden muß, daß der Schenker nicht ärmer werde [47]). Wollte man etwas Anderes annehmen, so würde der beschenkte Ehegatte, obschon er nur *pro possessore* besitzt [48]), durchaus überall, wo es einer Usucapion bedarf, *pro donato* usucapiren, und doch setzen

45) fr. 46. D. 24, 1.

46) Wie streng hier die Sache genommen wird, geht aus fr. 4. fr. 56. D. 24, 1. hervor.

47) Sed etsi constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, *confestim* ad usucapionem ejus uxorem admitti: quia etsi *non* [fehlt häufig] mortis causa donaretur [al. donaverat] ei, non [fehlt auch] impediretur usucapio: *nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit.* Itaque licet [non] mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest. fr. 25. D. 24, 1. Wollte man die Stelle anders, wie im Texte geschehen, erklären, so würde sie immer, auch wenn der Schenker in conditione usucapiendi war, die Verjährung zulassen, was überall anstoßen müßte. Ohnehin würde ich auf eine, in ihrer ganzen Fassung so zweifelhafte, Stelle kein zu großes Gewicht legen.

48) fr. 13. §. 1. D. 5, 3. — fr. 46. D. 24, 1. — fr. 16. D. 41, 2.

die unmittelbar vorhergehenden und folgenden Stellen deutlich das Gegentheil voraus, doch heißt es ganz allgemein, si inter virum et uxorem donatio facta sit, *cessat usucapio* [49]).

In der That scheint auch hier, dem ganzen Zusammenhang der Sache nach, in den regelmäßigen Fällen eine Usucapion zu den Unmöglichkeiten zu gehören. Entweder der Beschenkte weiß, daß ihm eine fremde Sache geschenkt worden ist, in diesem Falle kann er nicht usucapiren, weil er in m. f. sich befindet, oder er weiß es nicht. Auch in diesem Falle fällt die Ersitzung weg, weil error juris für die Verjährung nichts nützt [50]), und er gerade darum sich ebenfalls in m. f., d. i. im Glauben, er besitze eine Sache des Schenkers [51]), befindet.

Das Gesagte wird noch verstärkt, wenn der Schenker nicht in conditione usucapiendi sich befand. Hier konnte der Schenker nicht verjähren erstens, weil er in m. f. war. In diesem Falle enthält das Geschenk bei beweglichen Sachen ein furtum [52]), bei unbeweglichen tritt wenigstens die Verfügung der Nov. 119. c. 8. ein, wenn nicht schon nach altem Rechte bei Schenkungen eine nothwendige accessio possessionis eintrat. Der Schenker konnte nicht verjähren zweitens, weil die Sache res vitiosa war. Auch hier muß die Usucapion in den Händen des Beschenkten wegen dieses Fehlers unmöglich seyn. Daher würden nur in dem Falle des mangelnden Titels dem Beschenkten allein die oben hervorgehobenen Hindernisse entgegen stehen.

Daß übrigens in dem Falle, wo eine fremde Sache geschenkt worden, keine unwiderrufliche Schenkung Statt finde, wie die Gegner voraussetzen und voraussetzen müssen, dies

49) fr. 1. §. 2. D. 41, 6.
50) fr. 4. D. 22, 6.
51) fr. 19. pr. D. 24, 1.
52) §. 3. J. 2, 6.

würde eine andere Stelle, auf die man sich gerade zur Unterstützung der hier bestrittenen Meinung zu berufen pflegt, beweisen, wenn es überhaupt gewiß wäre, daß diese Stelle von Geschenken unter Ehegatten redete. Si is, sagt Marcellus, qui alienam rem donaverit, *revocare constituerit donationem*, etiamsi judicium ediderit, remque coeperit vindicare, curret usucapio [53]. Dem ganzen Zusammenhange nach scheint jedoch diese Stelle nur allein von der gewöhnlichen m. c. donatio erklärt werden zu können.

Auf alle Fälle müßte es die Grenzen des Glaubhaften übersteigen, wenn der Beschenkte mehr Rechte an der geschenkten Sache in dem Falle erlangte, wo die Sache dem Schenker nicht gehört, er wohl gar weiß, daß dies nicht der Fall ist, als der Beschenkte erlangt, wenn die Sache in dem Eigenthume des Schenkers sich befindet, oder er doch glaubt, daß dies der Fall sey.

Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs-Statt.

Von Franke.

(Beschluß der im vorigen Heft abgebrochenen Abhandl.)

§. 4.

Ehe wir die Stellen erwägen, auf welche die Gratificationstheorie von jeher gebauet ist, müssen einige Bemerkungen vorhergehen über die Abstention von schon übernommenen Erbschaften: denn davon handeln jene Stellen. Diese Abstention kann bekanntlich von einem suus heres, so lange er noch unmündig ist, auch nach seiner Einmischung in die Erb-

---

53) fr. 2. D. 41, 6.